

# ***CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA***

---

**DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI**

*Professora da PUC/SP.*

*Ex-Procuradora do Município de São Paulo.*

## ***I - ABORDAGEM DO TEMA***

O sempre atual e inesgotável tema da discricionariedade é pleno de controvérsias e continua a exigir aprofundado estudo doutrinário de seus variados matizes. Não sem razão já foi chamada de *quaestio diabolica* do Direito Administrativo<sup>1</sup>, e de *o cavalo de Tróia do direito administrativo do Estado de direito*<sup>2</sup>, dada a imprecisão de seu conceito e diversidade de posições assentadas na doutrina.

Não pretendemos, no presente trabalho, abordar globalmente os diversos aspectos suscitados pela discricionariedade. O âmbito de nossas preocupações limitar-se-á à relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e o poder discricionário.

---

<sup>1</sup> Zorh, cit. por Afonso Rodrigues Queiró, *A Teoria do Desvio de Poder* em Direito Administrativo, RDA, vol. 6, p. 44.

<sup>2</sup> Hans Huber, cit. por Martin Bullinger, *A Discricionariedade da Administração Pública*, in Revista de Ciência Política 2, vol. 30, p 7, nota de rodapé nº 26. Cit. também por Eduardo García de Enterría e Tomás – Ramón Fernández, "Curso de Direito Administrativo, trad. Arnaldo Setti, Ed. RT, 1991, p. 392.

Partindo de fundamentos encontráveis na Teoria Geral do Direito e na Filosofia do Direito pertinentes aos conceitos jurídicos, analisaremos em que medida eles são ou não ensejadores da atuação discricionária da Administração Pública. A seguir, faremos breve menção à questão dos seus limites e da possibilidade de controle jurisdicional da discricionariedade resultante de conceitos jurídicos indeterminados.

## II - A LINGUAGEM JURÍDICA

Como expressa Sainz Moreno, *a relação entre o Direito e a linguagem é de vinculação essencial. Não existe o Direito sem a linguagem, da mesma maneira que não existe o pensamento fora da linguagem. Trata-se, pois, de uma relação mais intensa que a de mera sustentação*.<sup>3</sup>

As linguagens consubstanciam sistemas ou conjuntos de símbolos, o que importa dizer que não há nenhuma relação necessária entre as palavras, de um lado, e os objetos, circunstâncias, fatos ou acontecimentos, de outro, em relação aos quais as palavras cumprem várias funções.<sup>4</sup>

As palavras – observou Hospers –, são meros rótulos que sobrepomos às coisas para que possamos falar sobre elas. “Qualquer rótulo é conveniente na medida em que nos ponhamos de acordo com ele e o usemos de maneira conseqüente. A garrafa conterá exatamente a mesma substância, ainda que coloquemos nela rótulo distinto, assim como a coisa seria a mesma ainda que usássemos uma palavra diferente para designá-la”.<sup>5</sup>

Sendo a linguagem, assim, um sistema ou conjunto de vocábulos convencionais, os significados das palavras ou expressões lingüísticas dependem sempre de uma convenção.

---

<sup>3</sup> Fernando Sainz Moreno, “Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa”, Madri, Editorial Civitas S/A, 1976, p. 97.

<sup>4</sup> Genaro Carrió, Notas sobre Derecho y Language, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979, p. 91.

<sup>5</sup> John Hospers, Introducción al Análisis Filosófico, Buenos Aires, t. I, Cap. I, p. 22, apud Agustín Gordillo, Princípios Gerais de Direito Público, trad. Marco Aurélio Greco, S. Paulo, Ed. RT, 1997, p. 2.

A propósito, salienta Gordillo, calcado em Carrió, que não seria viável a utilização da linguagem se inexistissem convenções sobre quais rótulos colocar nas coisas: há por isso um uso comum ou convencional das palavras. Esse uso comum é insuficiente na linguagem científica, pois em geral carece de precisão por ser vago e ambíguo.<sup>6</sup>

Todavia, o direito não possui a precisão de linguagem que caracteriza as chamadas ciências exatas. Caracteriza-o uma linguagem natural, não artificial, que se convencionou denominar de textura aberta, em virtude da qual não se pode lograr uma precisão absoluta nas definições, nas palavras ou nos símbolos, a menos que construamos uma linguagem nova e totalmente artificial.<sup>7</sup>

Daí por que a linguagem jurídica apresenta zonas de penumbra e é, atual ou potencialmente, vaga e imprecisa.

Carrió, respondendo às objeções feitas por Sebastián Soler às idéias expostas em sua obra *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, reafirma que no uso da linguagem jurídica lançamos mão de palavras e expressões de linguagem natural ou definíveis em termos dela, distinta da linguagem formalizada onde os termos são absolutamente precisos e rigorosamente inequívocos, vez que o Direito é uma técnica de controle social de condutas concretas.<sup>8</sup>

Desse modo, a ambigüidade e a imprecisão encontráveis nas linguagens naturais são marcas características da linguagem jurídica. Manifesta-se a primeira em virtude de as mesmas palavras, em diversos contextos, designarem distintos objetos, fatos ou propriedades. Ou seja, a mesma palavra pode ser veículo de significados diversos ou ter distintos matizes de significado conforme os diferentes contextos em que seja inserida.

Quanto à imprecisão, decorre da fluidez de certas palavras, cujo limite de aplicação é impreciso. Buscando exemplos na linguagem comum, podemos mencionar os vocábulos jovem,

---

<sup>6</sup> Agustín Gordillo, "Principios Gerais de Direito Público", S. Paulo, Ed. RT, 1977, p. 2.

<sup>7</sup> Gordillo, ob. cit. pp. 2/3.

<sup>8</sup> Genaro R. Carrió, "Algunas palabras sobre las palabras de la ley", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, pp. 13-14.

velho, alto, baixo, calvo. Valendo-nos da exposição de Carrió, há casos típicos, frente aos quais ninguém vacilaria em aplicar a palavra, e casos claros de exclusão, em relação aos quais ninguém duvidaria em não usá-la. Há outros, porém, em que não estão claramente incluídos ou excluídos, situando-se na *zona de penumbra*. Para incluir ou excluir o caso marginal é necessário tomar uma decisão.<sup>9</sup>

É preciso que se destaque a circunstância de que a textura aberta da linguagem jurídica decorre precisamente do fato de nutrir-se ela da linguagem natural, na qual tais fenômenos se manifestaram.

Afirmar que as palavras e expressões jurídicas são, em regra, ambíguas e imprecisas não quer dizer, porém, que elas não tenham significação determinável. Se não fossem assim, as palavras – nota Celso Antonio Bandeira de Mello – *seriam meros ruídos sem qualquer conteúdo. Não seriam signos, é dizer, significantes, e a comunicação humana tornar-se-ia impossível*.<sup>10</sup>

Sainz Moreno sustenta que o caráter específico da linguagem jurídica consiste em que o significado dos termos que utiliza, procedentes em sua maior parte da linguagem ordinária, sofre por sua incorporação a um vocabulário jurídico, uma certa mutação em seu significado originário. E atribui tal mutação a duas causas: 1) sua reiterada utilização em raciocínios jurídicos, pelo número e maneira como os demais conceitos que com ele coexistem cobrem o campo de referências e, às vezes, pelas características da relação intersubjetiva em que opera; 2) em certas ocasiões, pela delimitação do significado de alguns termos – *definição legal* – pelo texto que os utiliza ou por outro que guarda com ele uma relação de sistema.<sup>11</sup>

Por sua vez, observa Karl Larenz, a linguagem jurídica deve ser considerada como um *jogo de linguagem*, no sentido que a essa expressão atribuiu Wittgenstein. O papel das palavras neste

---

<sup>9</sup> Carrió, ob. cit., pp. 18/19.

<sup>10</sup> Celso A. Bandeira Mello, “Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social”, in RDP 57-58, p. 245

<sup>11</sup> Fernando Sainz Moreno, ob. cit. p. 102.

*jogo* não é captável mediante uma definição, visto que, ao defini-las, estaremos a nos remeter ao seu significado em um outro *jogo de linguagem*.

Nestas condições, seu papel só poderá ser desvendado na medida em que passemos a participar do mesmo jogo. Desta participação no jogo decorre a possibilidade de compreendermos a linguagem jurídica – tarefa que é instrumentada pela Dogmática – o que importa, segundo Larenz, em que, de fato, as palavras e expressões jurídicas ganhem, na linguagem jurídica, sentidos mais precisos do que aqueles que têm na linguagem usual.<sup>12</sup>

De qualquer modo, assentada a imprecisão, ambigüidade das palavras e expressões jurídicas – donde a indeterminação dos conceitos jurídicos – mister, neste ponto, aprofundarmos a própria noção de conceito jurídico.

### **III - OS CONCEITOS JURÍDICOS**

Em que consiste o conceito? Qual a sua natureza?

Diferentes respostas têm sido dadas ao longo da história da Filosofia.

Abbagnano,<sup>13</sup> entretanto, assinala que duas soluções fundamentais destacam-se como posições nucleares.

A primeira se inicia no período clássico da Filosofia grega e vê o conceito como a essência das coisas, pela qual elas não podem existir de modo diferente daquilo que são. Na concepção aristotélica o conceito é idêntico à substância ou essência do objeto.

Não obstante exista grande distância entre a concepção clássica e a visão hegeliana da razão e do real, também em Hegel o verdadeiro conceito “é o único que possui realidade, justamente porque ele mesmo a assume. Toda a realidade que não for a

---

<sup>12</sup> Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlim, Springer – Verlag, 1983, 5ª ed. p. 83, apud Eros Roberto Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, S. Paulo, Ed. RT, 1988, p. 60.

<sup>13</sup> *Dicionário de Filosofia*, S. Paulo, Ed. Mestre Jou, 1970, pp. 151-155.

realidade assumida pelo próprio conceito é existência passageira, contingência exterior, opinião, aparência superficial, erro, ilusão, etc.<sup>14</sup>

Consoante a segunda posição, que tem os Estóicos como precursores, o conceito é um signo do objeto e tem uma relação de significação com ele. Observa Abbagnano que, depois das anotações de Frege, se verificou *o início da diluição, ocorrida em grande parte da filosofia contemporânea, da noção de conceito na noção do significado... E Quine indicou exatamente o ponto crítico da transformação da noção de conceito quando disse que o significado é o que a essência se torna quando se divorciou do objeto de referência e se casou com a palavra* (From a Logical Point of View, II, 1).<sup>15</sup>

Os conceitos jurídicos se diferenciam dos demais conceitos por não se referirem a objetos (coisas), mas a significações. Não são, pois, essencialistas. É o que realça Eros Roberto Grau: *O objeto do conceito jurídico não existe em si; dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe “para mim”, de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade, no mundo jurídico, quando a este para mim, por força de convenção normativa, corresponde um – seja-me permitida a expressão – para nós.*

Apenas e tão-somente na medida em que o *objeto* – a significação – do conceito jurídico possa ser reconhecido uniformemente por um grupo social poderá prestar-se ao cumprimento de sua função, que é a de permitir a aplicação de normas jurídicas, com um mínimo de segurança e certeza..... O objeto do conceito jurídico expressado, assim, é uma significação atribuível a uma coisa, estado ou situação e não a coisa, estado ou situação”.<sup>16</sup>

Dessa característica do conceito jurídico resulta outra, que é a sua mutabilidade, ou seja, a sua possibilidade de variar no tempo e

---

<sup>14</sup> Hegel, *Princípios da Filosofia do Direito*, trad. de Orlando Vitorino, 2ª ed., Lisboa, Guimarães e Cia., 1976, § 1º, p. 17.

<sup>15</sup> Abbagnano, *ob. cit.*, p. 155.

<sup>16</sup> Eros Roberto Grau, “Direito, Conceitos e Normas Jurídicas”, S. Paulo, RT, 1988, pp. 62-64.

no espaço. Vale dizer, o significado comportado pelo conceito pode sofrer variações conforme o tempo e o espaço em que é apreendido.

No que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados, adverte Eros Roberto Grau que a indeterminação não é dos conceitos jurídicos (idéias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequada será a referência a termos indeterminados de conceitos e não a conceitos indeterminados, que, de fato, não existem. Nesse sentido, registra o autor que “os conceitos consubstanciam sumas de idéias que, para se realizarem como conceitos, hão de ser, no mínimo, determinadas. A mencionada “indeterminação” dos conceitos jurídicos, pois não é deles, mas sim dos termos que os expressam, mercê da sua ambigüidade ou imprecisão.”<sup>17</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello critica tal opinião, afirmando que a imprecisão, fluidez, indeterminação residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula. Destaca o autor: “Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam com absoluta precisão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos. Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às mesmas noções que estão abrigadas sob as vozes urgente”, “interesse público”, “pobreza”, “velhice”, “relevante”, “gravidade”, “calvície” e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso aportável implicaria alteração do próprio conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por um outro conceito – já agora preciso, portanto um novo conceito – o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhes servem de signo.”<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Ob. cit., pp. 65-66 e 72.

<sup>18</sup> Discrecionalidade e Controle Jurisdicional, S. Paulo, Malheiros, Ed. 1992, pp. 20-21.

A expressão “conceito jurídico indeterminado”, embora criticável, ficou consagrada na doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e, mais recentemente, no Brasil, sendo empregada para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido determinado, preciso, objetivo<sup>19</sup>, conceitos vagos, imprecisos, elásticos, de contornos indeterminados,<sup>20</sup> mas que abundam nas normas jurídicas dos vários ramos do direito.

Porém, o tema ganhou especial relevo no âmbito do Direito Administrativo. “Este fenômeno” – justifica Antônio Francisco de Sousa – “deve-se à natureza das funções da Administração, sobretudo devido ao fato de a Administração se orientar à satisfação de necessidades sociais. É que os conceitos indeterminados se apresentam ao Legislador como um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competência às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa.”<sup>21</sup>

Aliada ao aparecimento dos conceitos indeterminados em direito administrativo surgiu a questão de saber a relação que possa existir entre eles e a discricionariedade administrativa. O emprego de tais conceitos pelo Direito atribui à autoridade administrativa *discricionariedade*, uma *certa discricionariedade*, um *espaço de livre apreciação* ou um *poder vinculado*.<sup>22</sup>

A matéria é polêmica e as inúmeras investigações e estudos realizados não foram suficientes para resolver definitivamente as controvérsias existentes. Impõe-se, pois, uma ligeira incursão no campo doutrinário e jurisprudencial.

---

<sup>19</sup> Cf. Maria Sylvia Zanella di Pietro, “Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. Ed. Atlas, 1991, p. 65, SP.

<sup>20</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 17.

<sup>21</sup> A discricionariedade Administrativa, Lisboa, Ed. Danúbio Ltda. 1987, pp. 73-74.

<sup>22</sup> Autor e ob. cit., p. 74.



## **IV - OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

### **1 - CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO PARA EXAME DA MATÉRIA**

#### **1.1 Direito Germânico**

Revela-se de suma importância o estudo da doutrina e jurisprudência do sistema germânico, pois foi nele que surgiu e se desenvolveu a teoria que liga a discricionariedade aos conceitos jurídicos indeterminados. O enfoque da matéria será feito basicamente a partir dos trabalhos de Afonso Rodrigues Queiró (*A Teoria do Desvio do Poder em Direito Administrativo*), Massimo Severo Giannini (*Il Potere Discrizionale della pubblica amministrazione*), Antônio Francisco de Sousa (*A Discricionariedade Administrativa*), Fernando Sainz Moreno (*Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*), Martin Bullinger (*A Discricionariedade da Administração Pública*) e Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*).

##### **1.1.1 Doutrina**

No período do Estado de Polícia impunha-se nos países germânicos a idéia de que a discricionariedade era inerente à soberania do monarca e que os tribunais administrativos não penetravam no conteúdo do ato, só podendo verificar se realmente havia sido atribuída discricionariedade (espaço livre da Administração).

Doutrinariamente, formaram-se duas correntes: uma liderada por Tezner e Bühler, ligadas diretamente ao pensamento de Laband e a outra por Laun e inspirada em Jellinek, Otto Mayer e Fritz Fleiner.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Maria Sylvia Zanella di Pietro, ob. cit., p. 66.

Para a exata compreensão do pensamento doutrinário, mister se faz um retrospecto a partir da formação do Estado de Direito, resultante da confluência de duas vertentes do pensamento: o pensamento de Montesquieu e o pensamento de Rousseau.<sup>24</sup>

O Estado de Direito, fruto de uma doutrina liberal, preocupada em garantir os direitos individuais, foi visto como instrumento mais adequado para proteger aqueles direitos. A lei representava o mesmo papel para o particular e para a Administração, no sentido de ser sua atividade livre até onde não encontre barreiras impostas pela lei. A discricionariedade correspondia a uma esfera de atividade livre para a Administração, segundo o pensamento de autores como Stahl, Stein, Gierke, G. Meyer e Sarwey.

Todavia, a preocupação em proteger as liberdades públicas conduziu a um progressivo e acentuado crescimento da legislação que impunha limites à atividade administrativa, vinculando-a cada vez mais e, em decorrência, diminuindo o espaço livre de atuação discricionária. Surgiu a distinção entre Administração propriamente dita, que exercia atividade vinculada à lei, e o Governo, que desempenhava atividade discricionária, livre de apreciação judicial.

Nessa conjuntura de preocupação com os direitos individuais, em fins do século XVIII, aparece a doutrina de Laband (1878). Da mesma maneira que os indivíduos tem uma esfera deixada pela lei à sua livre atuação, os órgãos administrativos têm também uma órbita em que a sua vontade é que impera; nessa área a Administração regula a sua própria conduta, sem qualquer conflito com a lei, que não penetra nesse campo. A Administração escolhe livremente os seus próprios fins. Excepcionalmente, a lei pode estabelecer determinados fins à Administração; nesse caso, têm-se os atos vinculados, que constituem exceção.

Laband distingue a jurisdição da administração; o juiz não tem a mesma liberdade de decidir que a Administração, pois seu dever é o de fazer valer o direito objetivo, sem qualquer autonomia de vontade. Já a Administração, dentro do âmbito de atuação

---

<sup>24</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *ob. cit.*, p. 11 e Afonso Rodrigues Queiró, *ob. cit.*, RDA, vol. 6, p. 47.

discricionária, não encontra limites jurídicos, mas, quando muito, um limite político ou moral.<sup>25</sup>

Diversamente, Jellinek considera essencial à discricionariedade a subtração do seu conteúdo a toda disciplina legal; a essência do poder discricionário está na liberdade de proceder, por meio de apreciações subjetivas, à adoção de uma ou mais soluções possíveis, tomando decisões com valor igual à que teria podido dar o legislador. A grande distinção entre posição de Laband e de Jellinek está no reconhecimento, por este último, de um limite jurídico à iniciativa da Administração.

De conformidade com esse método jurídico no estudo do direito público, Otto Mayer construiu a sua teoria da discricionariedade, com base numa oposição entre decisão e disposição, então muito em voga. A decisão diz o que deve ser o direito na medida em que declara o que é correto. Na disposição, ao contrário, a vontade do Estado está presente; a autoridade atua de modo criador; não diz pura e simplesmente o que é querido. A *discricionariedade judicial* não seria, no fundo, *livre discricionariedade*, mas *discricionariedade vinculada*. O juiz teria apenas de aplicar a vontade do Legislador ao caso concreto. A *verdadeira ou livre discricionariedade* só se verificava no caso das *disposições*. A discricionariedade não consiste em fazer a autoridade o que quer; a competência da autoridade estaria, antes, limitada pelas exigências do interesse público. E o que acontece, e deve acontecer no âmbito do interesse público, é determinado de modo criador e por decisão própria da autoridade administrativa.<sup>26</sup>

Portanto, na linha de Jellinek, Otto Mayer não aceita uma atividade discricionária inteiramente livre de qualquer limite jurídico. Na mesma trilha coloca-se o pensamento de Fritz Fleiner que, admitindo a impossibilidade de a lei prever todas as soluções possíveis, considera inaceitável a existência de regras de caráter geral que serão aplicadas diante do caso concreto pela Administração, consoante critérios que lhe pareçam mais adequados.

---

<sup>25</sup> Maria Sylvia Zanella di Pietro, ob. cit., pp. 66-67.

<sup>26</sup> Cf. Antônio Francisco de Sousa, ob. cit., p. 21.

Porém, encontra-se a Administração subordinada a limites decorrentes da ordem jurídica, dentre os quais a finalidade ou intenção da lei.

Dentro desses posicionamentos que colocam a lei como limite à atividade administrativa, com o propósito de proteger os direitos individuais, considera-se que a utilização de conceitos vagos não significa a outorga de discricionariedade ou arbítrio para a Administração, uma vez que a ela compete encontrar a solução correta, podendo o Judiciário apreciá-la e corrigí-la quando contrária aos fins públicos colimados pelo legislador.<sup>27</sup>

Na esteira de Laband, as doutrinas de Tezner e Bühler perfilham a idéia, então dominante, de proteção aos direitos subjetivos do indivíduo.

Tezner parte da idéia de que todos os conceitos normativos são conceitos jurídicos, sendo irrelevante a questão de saber se o seu conteúdo é determinável com base na experiência comum, ou só com a ajuda de certas ciências técnicas especiais. Não há, assim, para a Administração, qualquer liberdade na apreciação dos conceitos que a lei incorpora em si. Mesmo nos casos em que essa liberdade parece existir, por restar à Administração a faculdade de escolher uma de duas atitudes, ainda aí, ela está vinculada por um interesse público específico. E, o interesse público, como qualquer outro conceito jurídico, é uma categoria delimitada. Assim sendo, qualquer comportamento da administração representa a atuação duma norma precisa ou precisável e, como tal, controlável pela jurisdição competente. Somente quando faltar um direito subjetivo do particular à legalidade de um comportamento da Administração e, em consequência, faltar competência aos tribunais (administrativos), se poderá falar de um poder discricionário; ou, também, quando a lei preceitua expressamente essa incompetência em relação a casos determinados, por julgar as autoridades administrativas melhor colocadas para a interpretação de certos conceitos e qualificação de certos fatos, pelo seu saber técnico.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Maria Sylvia Zanella di Pietro, ob. cit., p. 68.

<sup>28</sup> Cf. Afonso Rodrigues Queiró, ob. cit., RDA, vol. 6, p. 72.

Dentro dessa concepção, a utilização de conceitos vagos pelo legislador não implica na outorga de discricionariedade à Administração, pois apenas o juiz, com seus conhecimentos técnicos e imparcialidade, tem condições de encontrar a solução mais adequada a cada caso concreto. As autoridades administrativas têm que observar os limites legais e atender ao fim específico do interesse público expresso na lei, consoante as regras da mais racional administração; não possuem, portanto, liberdade de escolher a solução que lhes pareça mais conveniente, segundo seus próprios critérios.

Bühler parte de ponto de vista muito próximo do de Tezner, distinguindo entre normas protetoras de direitos individuais e normas protetoras do interesse público apenas, que revestem a forma de lei; somente as primeiras têm caráter vinculante, não restando à Administração qualquer possibilidade de apreciação da oportunidade e conveniência.

Neste caso, a autoridade administrativa, na aplicação de conceitos legais indeterminados, deve considerar tão só o seu sentido legal (necessidade, idoneidade etc.) e tem, assim, de decidir pela sua existência ou não existência. Inexiste, conseqüentemente, qualquer espaço residual, característico da Administração. O critério geral para a interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados é, como no direito privado, a “opinião comum”.<sup>29</sup>

É exatamente nesse campo dos conceitos imprecisos que a função dos tribunais é mais importante para corrigir a decisão administrativa; qualquer que seja a imprecisão do legislador, o trabalho do juiz é o de determinar o seu sentido, mediante interpretação onde inexiste discricionariedade.

Portanto, só há discricionariedade quando se trate de leis que tenham eficácia apenas interna e não eficácia dirigida aos particulares.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Cf. Antônio Francisco de Sousa, *ob. cit.*, p. 78.

<sup>30</sup> Cf. Maria Sylvia Zanella di Pietro, *ob. cit.*, p. 69.

imediatamente a atingir. E não pode ser arbitrário porque a autoridade sofre limitações internas e externas.

Os limites externos são as regras sobre competência, forma e pressupostos de fato. Os limites internos se referem à escolha dos fins imediatos do procedimento administrativo, que deve ser feita tendo em vista o interesse público. Podem ser subjetivos ou objetivos. Os primeiros se reportam a uma intenção defeituosa e ocorrem quando o agente não está orientado na realização do interesse público na escolha dos fins (abuso de poder) ou, quando o crê realizar o interesse público, mas não o realiza, por ignorância ou erro. Nos limites internos objetivos os agentes administrativos, no exercício do poder discricionário, não se atêm aos fins permitidos, mas sim aos proibidos (desvio de poder). A proibição de realizar certos fins pode ser violada de duas maneiras: a) o agente pode, na convicção de que realiza o interesse público, pretender atingir um fim proibido (violação do poder discricionário); b) o agente, por incúria, vem a conseguir um efeito vedado que não desejava atingir (descaminho do poder discricionário).<sup>32</sup>

À medida que o Estado liberal vai sendo substituído por um Estado Social, a realidade social e econômica passou a ser tida como um objeto sobre o qual devia incidir a ação transformadora do Poder Público para a consecução das finalidades a serem atingidas. Tal mudança na maneira de encarar o papel do Estado resultou em enorme expansão de suas intervenções com o conseqüente agravamento das limitações à liberdade e à propriedade.

Em face dessa realidade, anota Maria Sylvia Zanella di Pietro, a conseqüência foi que, “com o aumento da quantidade de leis, adotou-se com freqüência a técnica de empregar fórmulas gerais, conceitos indeterminados, conceitos de valor, deixando ao executor a tarefa de determinar o sentido dos aspectos não delimitados, com precisão, pelo legislador. Nessa esfera de

---

<sup>32</sup> Cf. Afonso Rodrigues Queiró, ob. cit. RDA, vol. 7, pp. 55-57.

indeterminação é que se localiza o poder discricionário da Administração.<sup>33</sup>

Dentro desse contexto destaca-se a teoria de Bernatzik, para quem o poder discricionário está exatamente nos conceitos vagos, procedendo os agentes como peritos, como técnicos do interesse público.

Entretanto, essa possibilidade de apreciação subjetiva não é ilimitada, porque a autoridade administrativa, ao aplicar a lei, não pode se afastar das concepções sociais dominantes; se ela não proceder daquela forma, violará o direito, violará a lei, por atitude culposa ou dolosa.<sup>34</sup>

Também Jellinek admite a possibilidade de delimitação rigorosa de muitos destes conceitos imprecisos por meio daquilo que chama a concepção da sociedade; porém, impõe maiores limitações à liberdade de apreciação da Administração do que Bernatzik. O poder discricionário existe apenas no caso em que a lei recorra a conceitos de valor, pois aí o legislador preferiu que a justiça, a oportunidade, a conveniência, a equidade, sejam apreciadas pelo administrador diante do caso concreto. Porém, mesmo nos conceitos de valor, a discricionariedade administrativa sofre limites externos, positivos e negativos (do que é aprovado ou não); dentro desses dois limites é que se coloca a discricionariedade. Ou seja, para Jellinek, “nem toda indeterminação significa livre discricionariedade. Todo o conceito legal indeterminado é pluridimensional, mas nem toda a pluridimensionalidade de um conceito legal indeterminado é querida pela lei. Neste caso, é possível uma passagem para a unicidade, isto é, é possível que o conceito legal indeterminado passe a ser determinado. O conceito indeterminado é para Jellinek um conceito jurídico, pois a liberdade que o envolve é apenas uma liberdade aparente, porque ela foi, na realidade, pensada como vinculação. Apenas a pluridimensionalidade de um conceito legal indeterminado, que foi querida pelo Legislador, significa livre discricionariedade. Assim, só a vontade da Lei constitui o critério

---

<sup>33</sup> Ob. cit., p. 70.

<sup>34</sup> Afonso Rodrigues Queiró, ob. cit., RDA, vol. 7, pp. 54/55.

decisivo para a unidimensionalidade ou a pluridimensionalidade de um conceito legal indeterminado.<sup>35</sup> E, para o autor, sobretudo os conceitos de valor podem adquirir a qualidade de conceitos discricionários.

Forsthoff colocou os conceitos de valor em oposição aos conceitos empíricos. Os primeiros constituem, no direito administrativo – independentemente de a vontade da Lei apontar ou não para a pluridimensionalidade –, conceitos discricionários. Os segundos são vinculados, sem qualquer margem de discricionariedade, porque exigem simples operação lógica de interpretação.

Diante das doutrinas desenvolvidas nessa nova fase do Estado de Direito, Laun introduziu modificações na sua concepção primitiva. Procede a uma análise lógica da norma jurídica para demonstrar que nela existem combinados, em proporções variáveis, conceitos vinculantes (categóricos) e conceitos que ensejam duas ou mais alternativas (conceitos disjuntivos). O exame da finalidade visada pelo legislador permite descobrir se uma norma é categórica ou disjuntiva: se o legislador deixa depreender o fim a ter em conta pelos agentes executivos, estes não podem escolher senão a decisão que melhor se adapte a esse fim, a norma é categórica. Se o legislador é intencionalmente omissa quanto ao fim ou fins que devem determinar a decisão a tomar pelo agente, então a escolha da medida é juridicamente livre e a norma de competência é disjuntiva.<sup>36</sup>

### *1.1.2 Jurisprudência*

Viu-se no item anterior que a discricionariedade, na opinião clássica da doutrina e da jurisprudência dos tribunais administrativos da segunda metade do século XIX, caracteriza um espaço livre perante a lei e perante o tribunal, e que os tribunais administrativos podiam apenas controlar se realmente se tratava

---

<sup>35</sup> Antônio Francisco de Sousa, ob. cit., pp. 82-83.

<sup>36</sup> Cf. Afonso Rodrigues Queiró, ob. cit. RDA, vol. 6, pp. 69-70.



de discricionariedade, não penetrando, em caso afirmativo, no conteúdo do ato.

Assim, tornou-se decisivo saber quais os critérios adaptados para o reconhecimento da atribuição da discricionariedade administrativa. Consoante os ensinamentos de Martin Bullinger,<sup>37</sup> formaram-se duas posições distintas:

1. uma desenvolvida na Áustria, inspirada em Bernatzik, que sustentava haver discricionariedade “sempre que a lei renunciava a prever a atuação administrativa, fixando bitolas rigorosas. Com isto, o legislador pretendia autorizar a administração a preencher as lacunas da lei segundo padrões que ela retirava da sua experiência. Isto foi também freqüentemente reconhecido, inclusive naqueles casos em que a lei atribuía a possibilidade de decisão à administração, sob a condição de se verificarem determinados pressupostos, como, por exemplo, a autorização de funcionamento de uma empresa comercial. Estes pressupostos, porém, eram fixados através de conceitos indeterminados como “interesse público” ou “necessidades econômicas”. Falou-se então de conceitos discricionários cuja interpretação e aplicação não poderiam ser, pelo menos na sua totalidade, controlados pelo tribunal, no que concerne à sua exatidão”.<sup>38</sup>

Tais conceitos discricionários foram reconhecidos pelo Tribunal austríaco e implicavam a idéia de que, quando a lei os empregasse, era porque tinha reconhecido, a favor da administração, um campo livre, retirado do controle dos tribunais administrativos.

2. a outra corrente desenvolveu-se na Alemanha, segundo a qual a competência dos tribunais administrativos estava baseada no chamado princípio da enumeração, através de referências em leis especiais, isto é, os tribunais examinavam os atos que a lei expressamente incluía nas matérias de sua competência, independentemente de tratar-se ou não de conceitos discricionários.

---

<sup>37</sup> A Discricionariedade da Administração Pública, “in” Revista de Ciência Política 2, vol. 30, pp. 3-23.

<sup>38</sup> Autor e ob. cit., p. 5.

Entretanto, registra Bullinger, a mudança decisiva para o conceito atual de discricionariedade ocorreu na Alemanha Federal somente depois de 1945, com reflexo para a Áustria e a Suíça, e está estreitamente ligada à edificação de um Estado de Direito idealizado como imagem oposta ao regime totalitário de 1933-45, com a preocupação de impor limites à Administração e ao Governo, até então detentores dos mais amplos poderes. Segundo esta tendência, a discricionariedade passou a ser vista como âmbito de mobilidade limitada para a execução da lei e, “inclusive, tomada como corpo estranho ao Estado de Direito, muito especialmente no caso da discricionariedade baseada na aplicação de conceitos legais indeterminados”.<sup>39</sup>

Numa primeira fase, a jurisprudência posicionou-se amplamente no sentido de que o emprego de conceitos indeterminados não atribuía qualquer discricionariedade. Esta somente existia quando a lei deixava à Administração, no campo dos efeitos de direito, uma escolha entre vários modos de atuação. O conceito jurídico indeterminado permitia apenas uma interpretação e aplicação certas, a qual devia ser controlada pelos tribunais administrativos; portanto, não equivalia à discricionariedade.

Referido entendimento sofreu temperanças a partir da segunda metade deste século, passando a discricionariedade a surgir “como um espaço livre para o prosseguimento de um fim próprio da administração para a legitimação de ampla e oscilante interpretação subjetiva do sentido da lei, no qual o tribunal administrativo deve dar primazia à interpretação feita pela administração, se ela lhe parece defensável”.<sup>40</sup> Mas, isto foi aceito de forma restrita, admitindo os tribunais administrativos um espaço de livre apreciação da administração apenas naqueles casos de aplicação de conceitos legais de valor de execução própria da administração.

Na verdade, na Alemanha predominou um conceito de discricionariedade bem mais limitado do que na França,

---

<sup>39</sup> Autor e ob. cits., pp. 7-8.

<sup>40</sup> Autor e ob. cit., p. 9.

permitindo aos Tribunais alemães maior controle dos atos da Administração. O fim da lei passou a ser cada vez mais interpretado pelos tribunais administrativos como um programa de atuação legal a ser executado pela administração, no qual a discricionariedade possibilita uma limitada adaptação às circunstâncias alteráveis. A seu turno, os princípios da proporcionalidade, da igualdade e outros permitiram um maior estreitamento da discricionariedade em face de uma decisão concreta da administração. Assim, também, a discricionariedade converteu-se, da inicial liberdade de escolha entre vários efeitos de direito igualmente justos, numa flexibilidade restrita para a execução de uma lei e dos seus fins específicos. Alguns doutrinadores, em especial Rupp, tiraram a conclusão de que não existia mais discricionariedade no sentido de uma liberdade de decisão da administração, mas uma decisão que serve à realização de fins predeterminados pela lei, e, desse modo, de uma pura aplicação da lei.<sup>41</sup>

Mais recentemente, houve um crescente movimento da doutrina e da jurisprudência no sentido de reconhecer à discricionariedade da administração um espaço livre de criação e uma função positiva na proteção da coletividade dos cidadãos, especialmente no clássico direito de polícia, no campo da proteção do meio ambiente e na sua tarefa de orientação econômica.

Destarte, há o reconhecimento de que não só cláusulas expressas de discricionariedade, mas também conceitos legais indeterminados podem ser usados pela lei para caracterizar uma autorização para a administração aplicá-los com certa margem de liberdade, interpretando-os de conformidade com os seus próprios critérios.<sup>42</sup> Volta-se a aceitar uma esfera de liberdade criadora à Administração no âmbito do direito.

A propósito, conclui o Professor Bullinger: “Discricionariedade nesta forma, novamente alargada, não significa o mesmo que indeterminação e abertura de uma lei. A concretização de preceitos legais de valor, assim como sua

---

<sup>41</sup> Cf. autor e ob. cit., pp. 10-12.

<sup>42</sup> Cf. autor e ob. cit., pp. 13-16.

aplicação ao caso concreto constitui, em maior ou menor medida, um fenômeno normal da aplicação do direito e fica, assim, reservada à última instância judicial, seja no direito civil, no direito penal, ou no direito administrativo. Apenas se verifica discricionariedade, num aumento quantitativo ou qualitativo, se for atribuída à administração o poder e a responsabilidade para o preenchimento de decisões-padrão legais ou afins e para a concretização de programas de atuação, assim como para a emissão de normas jurídicas.

A idéia de um puro espaço de livre apreciação deve ser, na medida do possível, abandonada ou limitada àqueles casos em que a decisão, devido à sua alta, subjetivamente, não é judicialmente exequível. Os tribunais administrativos devem reconhecer à administração a primazia na apreciação, no caso das provas de exame.

O espaço livre da discricionariedade em sentido próprio é apenas controlável pelo tribunal nos seus contornos exteriores.<sup>43</sup>

## ***1.2 Direito Francês***

O problema dos conceitos indeterminados é colocado na França em termos algo diferentes do que na Alemanha. Aqui também a dificuldade consiste em saber se a Administração pode, ou não, decidir livremente sobre a aplicação a um caso concreto das chamadas “notions vagues ou souples”. A resposta afirmativa implicaria na atribuição, à administração, de um poder discricionário não controlável judicialmente, já que “l'autorité administrative est libre de prendre telle ou telle décision, à le choix entre ces décisions”.<sup>44</sup> A resposta negativa, pelo contrário, importaria denegar à Administração tal liberdade e a possibilidade de controle de tais aplicações pelo juiz porque “la loi dicte sa conduite”<sup>45</sup> e, por conseguinte, se estaria no campo da competência vinculada submetida ao princípio da legalidade.

---

<sup>43</sup> Autor e ob. cit., p. 22.

<sup>44</sup> André Laubadère, cit. por Fernando Sainz Moreno, ob. cit. p. 253, nota de rodapé nº 92.

<sup>45</sup> M. Waline, cit. por Fernando Sainz Moreno, p. 253, nota de rodapé nº 92.

Podemos dizer que há na França uma certa instabilidade quanto a uma tomada de posição nesta questão, existindo “um coro de vozes”, para aplicar uma feliz expressão de Michel Fromont.<sup>46</sup> Para isso, muito têm contribuído as constantes inovações da jurisprudência do Conselho de Estado com a grande influência que exerce sobre a doutrina.

Depois de haver negado sua competência para julgar em “cas de notions vagues”, o Conselho de Estado Francês, no início do século XX, deixou de admitir a existência de atos totalmente livres, absolutamente discricionários. É em relação aos motivos do ato que a jurisprudência francesa tem por vezes feito o controle de noções vagas ou indeterminadas, já que nesses casos, não se tem limitado a conhecer a existência dos motivos, como também a sua qualificação. Nesta evolução tiveram importância fundamental o aresto Gomel de 4 de abril de 1914 e o aresto Camino de 4 de janeiro de 1916.

No primeiro caso, se qualificou a praça “Beauvau”, de Paris, como tendo uma perspectiva monumental.<sup>47</sup>

No segundo, foi retomado o controle da qualificação dos motivos, quando o Conselho de Estado entendeu poder verificar a materialidade dos fatos que motivaram aquelas medidas e, na hipótese de tais fatos restarem estabelecidos, investigar se podem legalmente motivar a aplicação das sanções previstas pela lei.<sup>48</sup>

A partir de então, em inúmeros arestos o Conselho de Estado examinou as noções imprecisas com que o legislador designa o motivo do ato administrativo: noções como imoralidade de um

---

<sup>46</sup> Cit. por Antônio Francisco de Sousa, ob. cit., pp. 111-112.

<sup>47</sup> Cf. Fernando Sainz Moreno, ob. cit., p. 254. Neste caso, tratava-se da aplicação de uma norma urbanística, segundo a qual o construtor de uma casa, antes de começar a obra, devia submeter-se a certas prescrições ditadas, entre outros fins, para “a conservação das perspectivas monumentais.” A questão colocada consistia, pois, em saber se a praça “Beauvau” de Paris constituía ou não uma “perspectiva monumental”. O Conselho de Estado estimou que se cuidava de uma questão submetida a seu controle, porque condicionada à aplicação da Lei; por isto, tendo constatado que a praça “Beauvau” não forma uma perspectiva monumental, anulou a denegação da licença de construir.

<sup>48</sup> Cf. Fernando Sainz Moreno, ob. cit., pp. 254-255. Neste caso, o Conselho de Estado anulou uma Ordem que suspendia de suas funções o alcaide de Hendaya, doutor Camino, assim como um Decreto posterior que removia de seu cargo, porque os fatos que se lhe imputavam, uns não eram materialmente exatos e outros não constituíam uma falta sancionada disciplinarmente.

filme; conteúdo pornográfico de uma revista ou de um filme; interesse para a saúde pública; perigo para a juventude; utilidade pública em uma desapropriação; interesse para a ordem pública.

A verificação do “fato de natureza a..... de que nos fala Debasch e como, aliás, reconhece este autor, tem sido alvo de uma aplicação muito elástica, que varia consoante os interesses em causa, entendendo-se o controle do Juiz, por vezes, à oportunidade das medidas tomadas ..... Em contrapartida, são também inúmeros os casos, .... em que o tribunal se recusa a reconhecer, quer a existência dos fatos, quer a qualidade jurídica dos mesmos.”<sup>49</sup>

Diante de tais considerações, impõe-se a afirmação de que é em face do caso concreto que os tribunais franceses decidem se devem, ou não, controlar a interpretação e aplicação de tais conceitos, depois de sopesados os interesses em causa.

Segundo Antônio Francisco de Sousa, “em termos gerais podemos constatar que, quanto à exatidão material dos fatos, há um “controle mínimo”; quanto à qualificação jurídica dos mesmos, isto é, quanto ao assegurar que os fatos são “de natureza a justificar legalmente a decisão”, o problema já é mais complexo. Aqui, podemos dizer que o Juiz controla sempre o erro de qualificação, relativamente às regras de origem jurisprudencial, embora não o faça sempre, quando tal erro seja relativo a textos legislativos e regulamentares; aqui sim, o controle dependerá muito dos interesses em causa.”<sup>50</sup> E, mais adiante, após examinar as principais posições da doutrina francesa, elenca o autor, como aspectos caracterizadores do cenário francês, neste domínio, os seguintes:

- “1. predominância de casos em que o controle não é exercido;
2. ausência de uma teoria específica dos conceitos indeterminados ou vagos e da chamada “discrecionabilidade técnica”;
3. maleabilidades das decisões do juiz, baseada na natureza e importância dos interesses em causa;

---

<sup>49</sup> Antônio Francisco de Sousa, ob. cit., p. 99.

<sup>50</sup> Ob. cit., p. 100.

4. dificuldades, para o juiz, na adoção dos “quadros teóricos”, de controle mínimo e de controle normal;

5. tendência para aumentar o controle do juiz nos casos em que Administração faz aplicação de conceitos indeterminados;

6. enorme influência das decisões do Conselho de Estado sobre a doutrina;

7. papel central reconhecido ao maleável “erro manifesto” e ao “bilan coût-avantages” no controle da discricionariedade administrativa, especialmente no controle da qualificação jurídica dos fatos.”<sup>51</sup>

Maria Sylvia Zanella di Pietro também ressalta que não há no direito francês, uma doutrina precisa sobre os conceitos legais indeterminados, tal como ocorre na Alemanha; “o que se verifica é uma tendência da jurisprudência em ampliar o controle da Administração quando se trata de conceito legal indeterminado, o que é feito com relação ao exame dos motivos e mediante aplicação da teoria do erro manifesto e do princípio da proporcionalidade dos meios aos fins.”<sup>52</sup>

A seu turno, esclarece Afonso Rodrigues Queiró que a doutrina francesa não faz mais do que teorizar as decisões da jurisprudência administrativa, para sobre elas proceder à sua construção jurídica correspondente.<sup>53</sup>

### ***1.3 Direito Espanhol***

A introdução na Espanha da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados se deve ao impacto produzido na doutrina e na jurisprudência pela publicação de um artigo de Eduardo García de Enterría, sob o título “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo; discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos”, na Revista de Administración

---

<sup>51</sup> Ob. cit., p. 112.

<sup>52</sup> Ob. cit., p. 76.

<sup>53</sup> Ob. cit., RDA, vol. 7, p. 60.

Pública, nº 38, em 1962.<sup>54</sup> Reafirmou seu entendimento com a edição do Curso de Derecho Administrativo, em colaboração com Tomás Ramón Fernández, em 1975.

Na teoria de Enterría se denota influência da doutrina alemã que distingue discricionarietà dos casos de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Por sua referência à realidade, diferencia inicialmente os conceitos utilizados pelas leis em determinados ou indeterminados. Os primeiros delimitam de maneira precisa e inequívoca o âmbito da realidade ao qual se reportam: maioridade aos 21 anos, aposentadoria compulsória do servidor aos 70 anos de idade etc. Os conceitos indeterminados se referem a uma esfera da realidade cujos limites não aparecem bem precisados no seu enunciado, não obstante a lei procure delimitar uma situação concreta: aposentadoria por incapacidade permanente, boa-fé, falta de probidade etc. Estes últimos são conceitos de experiência (p. ex., incapacidade física) ou de valor (p. ex., boa-fé, probidade, justo preço) que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosas; porém, como a lei não alude a vaguidade imprecisas ou contraditórias, mas a situações concretas, a aplicação de tais conceitos para qualificar circunstâncias concretas não admite mais de uma solução. Portanto, ou se dá ou não se dá o conceito; há ou não há boa-fé; o preço é justo ou não é; faltou ou não a probidade: *tertium non datur*.

O essencial do conceito indeterminado é que a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das suas aplicações, que só admitem uma solução justa em cada caso, ou seja, o conceito indeterminado é determinável no caso concreto. E aí reside a distinção entre a aplicação do conceito indeterminado e a discricionarietà: esta é uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, porque a decisão se funda em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração. A aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, portanto um processo vinculado que se esgota no

---

<sup>54</sup> Cf. Fernando Sainz Moreno, ob. cit., p. 272.



processo intelectual de compreensão de uma realidade, nele não interferindo a vontade do aplicador.

Registra o autor que durante muito tempo entendeu-se caber discricionariamente à Administração a precisão última dos conceitos imprecisos, para salientar que hoje, justamente nesses casos, está excluída a discricionariedade e que se trata, pelo contrário, de delimitar uma única solução justa, cujo controle último, por ser um controle de legalidade, é acessível ao juiz. E citando a doutrina alemã mais recente:

“Assim, conceitos como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, inclusive necessidade pública, utilidade pública e até interesse público, não permitem em sua aplicação uma pluralidade de soluções justas, senão uma só solução em cada caso. Observação com a qual se teriam convertido virtualmente (e a última doutrina alemã aceita esta conclusão extrema) a generalidade das potestades discricionais em reguladas, já que explícita ou implicitamente, todas as potestades discricionais se outorgam para alcançar um interesse público, conceito indeterminado cuja aplicação só permitiria em cada caso uma única solução justa.”<sup>55</sup>

Diante das colocações de Enterría, insinua-se uma contradição irremissível em seu posicionamento, tendo em conta que, se numa primeira afirmação destacou o jurista espanhol que não há identificação entre conceito jurídico indeterminado e discricionariedade, num segundo momento, ao se reportar à doutrina alemã – à qual parece aderir, embora não a assuma expressamente – o autor implode a sua teoria, pois, nesta colocação, estaria praticamente negando a existência da discricionariedade em qualquer hipótese.

Enterría diz que na estrutura do conceito indeterminado é identificável um núcleo fixo ou “zona de certeza”, configurado por dados prévios e seguros, uma zona de incerteza ou “halo”, mais ou menos impreciso e uma “zona de certeza negativa”, também certa quanto à exclusão do conceito. Em sua primeira

---

<sup>55</sup> Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, Curso de Direito Administrativo, Ed. RT, Trad. Arnaldo Setti, 1991, p. 395.

formulação, a doutrina alemã reconhecia à Administração uma margem de apreciação no halo conceitual, como primeira aplicação do conceito. Mas, diante da verificação da dificuldade de chegar-se à solução justa, esta margem de apreciação se referia ao âmbito puramente cognoscitivo e interpretativo da lei; de qualquer forma, não havia lugar para a livre vontade da Administração. Porém, frisa o autor, que nem essa margem de apreciação - nada mais que a discricionariedade com roupagem mais modesta - é hoje aceita pela doutrina alemã e, na Espanha, por Sainz Moreno. Qualquer caso de aplicação de conceito indeterminado sujeita-se ao controle jurisdicional: os casos de isenção de controle passaram a ser vistos como de dificuldade de controle, considerada da perspectiva processual da prova, porque o juiz reduz a zona de incerteza e reconduz o caso concreto a uma das zonas de certeza, positiva ou negativa, que é o mesmo que faz frente a todos os problemas de interpretação, porque a existência de incerteza, de imprecisão, de dúvida, é inerente a todo litígio. Por fim, invocando Sainz Moreno, nota que a discricionariedade já não se justificará por uma competência exclusiva da Administração e excludente do controle jurisdicional, mas pela presunção de razoabilidade com que a Administração a tenha usado, considerados seu contato direto com a realidade, os recursos técnicos de que dispõe e a multiplicidade de aspectos e valores que informaram a decisão. Todavia, há uma presunção “*juris tantum*” a favor da Administração, mas qualquer recorrente poderá destruí-la e o juiz apreciá-la, se as circunstâncias e as provas apresentadas justificarem que o uso do poder foi desarrazoado no caso concreto.<sup>56</sup>

A doutrina exposta, vem sendo acolhida pelos tribunais espanhóis, conforme demonstra o próprio Enterría, através da indicação de casos concretos em que foi perfilhada tal orientação.

De especial relevância na doutrina espanhola também se reveste a obra de Sainz Moreno, várias vezes citado neste trabalho, por se tratar de um autor que muito tem se dedicado ao estudo dos conceitos indeterminados, merecendo particular

---

<sup>56</sup> Ob. cit., pp. 396-398.

destaque sua obra “Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidade administrativa”.

Para esse jurista existe discricionariedade quando a autoridade administrativa pode escolher entre várias decisões, de modo que, na vontade do legislador qualquer delas é juridicamente admissível e tem o mesmo valor; existe um conceito jurídico indeterminado, por sua vez, quando só uma decisão é juridicamente admissível.<sup>57</sup>

A potestade administrativa de decidir discricionariamente costuma fundamentar-se em dois tipos de argumentos: de um lado, na natureza daquilo sobre o que se decide (critério de importância e critério da dificuldade técnica ou valorativa), e de outro lado, na posição institucional da Administração, a que o ordenamento constitucional atribui uma função configuradora da ordem social. Daí, pois, que a discricionariedade pura só existe quando o critério da decisão deixa de ser jurídico para converter-se em político.<sup>58</sup>

Reduzida a discricionariedade aos casos em que a decisão se resolve na aplicação de critérios não jurídicos, adquire importância capital a determinação do critério do interesse público.

Segundo Moreno o interesse público é um verdadeiro conceito jurídico: “determinar en que consiste el interés público y a quién corresponde apreciar lo que en cada caso aconseja o perjudica a es e interés no es sólo una cuestión política o filófica, sino un problema jurídico de la mayor importancia. La solución del problema concreto de decidir en cada caso singular lo que conviene al interés público..... exige operar con criterios y técnicas que no los proporcionan los estudios políticos o filosóficos sobre el “bien comum”, aunque de ellos procedan los principios que deben inspirar la configuración de esas técnicas.”<sup>59</sup>

Para chegar à conclusão de que, o fato de a lei determinar que um dado órgão da Administração tem competência para apreciar,

---

<sup>57</sup> Ob. cit., p. 234.

<sup>58</sup> Ob. cit., pp. 304-307.

<sup>59</sup> Ob. cit., pp. 313-314.

num caso concreto, o que é o interesse público, não retira a possibilidade de controle das decisões irrazoáveis, arbitrárias; faz uma análise do conceito de interesse público no direito espanhol e descobre que ele existe, quer como princípio político, quer como conceito legal e, neste último caso, ele é utilizado como pressuposto de proibições, limitações ou coações, ou como pressuposto de autorizações e licenças, ou ainda para justificar reformas, modificações ou suspensões de atos, contratos ou direitos patrimoniais. É ainda nesta acepção jurídica que o conceito é empregue para justificar alterações nos processos de atuação. Há mesmo casos em que a noção de interesse público está implícita na atribuição de faculdades à Administração.

Com o intuito de reforçar a sua tese, Sainz Moreno distingue na noção de interesse público, uma tríplice função: a) como um dos critérios que inspira a interpretação e aplicação da sua norma; b) como um conceito jurídico que necessita ser interpretado; c) como um elemento nuclear das decisões administrativas.

Finalmente, evidencia Moreno que o controle judicial não poderá ser visto como uma intromissão dos Tribunais nos poderes da Administração, quer no controle da aplicação dos conceitos indeterminados, quer no controle do fim e do erro manifesto, no que concerne à discricionariedade. Na verdade é aos tribunais, e só a estes, que compete julgar. A eles incumbe interpretar e aplicar o Direito, pelo que devem também exercer o seu controle dos princípios jurídicos, neste caso de Direito Administrativo: “al juiz corresponde institucionalmente decir lo que es justo; a la administración, en cambio, obrar con justicia, que es cosa distinta.”<sup>60</sup>

Além da contribuição de Moreno, inúmeros autores espanhóis se debruçaram sobre a temática dos conceitos jurídicos indeterminados. Várias são as orientações adotadas pela doutrina e a própria jurisprudência tem contribuído, em grande escala, para o fortalecimento dos debates que ainda continuarão a se arrastar por longo tempo.

---

<sup>60</sup> Ob. cit., p. 353.

Atentando para as características mais importantes do controle dos conceitos indeterminados da sua origem até 1987, observa Antônio Francisco de Sousa que tem havido um “controle” progressivo influenciado sobretudo pelo sistema francês. O longo período de ditadura forçou a um acentuado “respeito” pelos tribunais administrativos das decisões da Administração, especialmente daquelas em que a autoridade administrativa procedia a uma valorização baseada em critérios altamente pessoais. Reconhecimento da “discrecionalidade técnica” e da “margem de livre apreciação”. Tendência para um maior controle do tribunal.”<sup>61</sup>

### ***1.4 Direito Italiano***

No direito administrativo italiano, os problemas suscitados pelos conceitos jurídicos indeterminados são objeto de análise a partir da distinção entre discrecionalidade administrativa e discrecionalidade técnica.<sup>62</sup> Essa distinção surgiu na Áustria sendo mais tarde desenvolvida na Itália, e aceita parcialmente na Espanha e em Portugal.

Entretanto como assevera Antônio Francisco de Sousa, “a natureza e dimensão desta “discrecionalidade técnica varia, porém, de país para país, e mesmo dentro de cada país que a adota ela permanece obscura. Para uns, trata-se de um poder livre, para outros, de um poder vinculado mas que não é suscetível de ser controlado pelos tribunais administrativos, para outros, de um poder vinculado que deve ser, ainda que não integralmente, controlado judicialmente, para outros ainda, a sua natureza varia de caso para caso.”<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Ob. cit., p. 151.

<sup>62</sup> Cf. Fernando Sainz Moreno, ob. cit., p. 267; Antônio Francisco de Sousa, ob. cit., p.113.

<sup>63</sup> Ob. cit., p. 307. A expressão discrecionalidade técnica foi empregada em direito administrativo pela primeira vez por Bernatzik, no ano de 1884, referindo-se a decisões que, pela sua alta complexidade técnica, eram retiradas do controle jurisdicional. Tratam-se de matérias que só o administrador público, em contato com a realidade do dia-a-dia, tem condições de apreciar de forma adequada.

No entendimento de Massimo Severo Giannini, o poder discricionário implica sempre uma escolha entre muitas soluções possíveis, significando essa escolha “um juízo de oportunidade”: “il potere discrezionale amministrativo ci sembra possa dirsi il potere di apprezzare in un margine determinato l’opportunità di soluzione possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare.”<sup>64</sup> Mas a autoridade administrativa, ao agir, deve atender ao interesse público próprio da sua atribuição ou competência; por isso sua escolha é finalística, havendo critérios para valorar os diversos interesses que existem no contexto social (experiência da própria autoridade, conteúdo da norma que atribui discricionariedade, orientações fixadas pelo superior hierárquico etc); o poder discricionário seria, então, a ponderação comparativa de muitos interesses secundários em relação a um interesse primário.<sup>65</sup>

Diz o jurista italiano que aderiu à doutrina dominante, fundada na distinção entre atividade administrativa e atividade técnica, “segundo a qual a discricionariedade técnica é entendida não em relação ao interesse público, mas em relação às regras, aos ensinamentos das disciplinas técnicas, enquanto a discricionariedade em sentido próprio é entendida somente em relação ao interesse público; reconhece-se que em ambas se encontra uma apreciação de oportunidade, mas a discricionariedade técnica dá lugar a uma valoração de tipo científico, pertinente ao fenômeno natural em si, não em coordenação com os outros fenômenos sociais; a discricionariedade em sentido próprio dá lugar a uma valoração de tipo político, em que o fenômeno não é mais do tipo natural, mas social, relacionado a um grupo de outros fenômenos sociais.”<sup>66</sup>

Não obstante lhe pareça correta a distinção, ressalta que permanecem algumas dificuldades: de um lado, a de definir com precisão quais são as ciências técnicas que possibilitariam à Administração identificar a única solução correta; lembra ciências

---

<sup>64</sup> Massimo Severo Giannini, “Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione”, Milão, Giuffrè, 1939, p. 52.

<sup>65</sup> Autor e ob. cit., pp. 78-104.

<sup>66</sup> Autor e ob. cit., pp. 42-43.

como a psicologia, a sociologia e outras, que não podem ser consideradas ciências exatas, embora se embasem em regras técnicas; por outro lado, a avaliação política, que estaria presente na discricionariedade administrativa propriamente dita, também já pode contar com certas regras técnicas que são fornecidas pela ciência política, bastante desenvolvida.<sup>67</sup>

Maior desenvolvimento desta matéria é encontrado em Renato Alessi.

Após salientar que a determinação do interesse público necessário para legitimar o uso do poder de ação da Administração pode ser precisa ou imprecisa, elencar as hipóteses de imprecisão, indicar as combinações possíveis do poder de apreciação do interesse público, ensina o jurista italiano que “a discricionariedade não constitui um poder especial da Administração, mas simplesmente um modo de ser dos poderes de ação jurídica conferidos pela lei, da forma exposta, à Administração, modo de ser que se refere à imprecisão dos limites dados ao poder de ação conferido, de maneira que permita uma esfera de apreciação da oportunidade da ação em relação com o interesse público.”<sup>68</sup>

Para Alessi, existem casos em que a apreciação do interesse público exige exclusivamente a utilização de critérios administrativos, hipótese em que se tem a discricionariedade administrativa, que se dá, por exemplo, quando se tenha que conceder uma licença para uso de armas, uma licença comercial, um certificado de boa conduta, aplicação de uma sanção disciplinar, etc. E existem casos em que a referida apreciação exige a utilização de critérios técnicos e a solução de questões técnicas que devem realizar-se de acordo com as regras e conhecimentos técnicos, como, por exemplo, quando se trata de ordenar o fechamento de locais insalubres, ordenar a matança de

---

<sup>67</sup> Ob. cit., pp. 43-44, adverte Fernando Sainz Moreno que os exemplos propostos por Giannini, em sua introdução à explicação da discricionariedade técnica, são todos exemplos de conceitos jurídicos indeterminados: coisa que tem “cospicuo carattere di singolarita geologica”; cidade de “non comune bellezza”; complexo que tem “valore tradizionale”; beleza panorâmica considerada como “quadro naturale”; “sostanza tossiche”; “grave alterazione psichica”; emprego com “scopo profilattico” etc. (ob. cit., pp. 267-268).

<sup>68</sup> “Instituciones de Derecho Administrativo”, Barcelona, Bosch, 1970, tomo I, pp. 187-189.

animais atacados de enfermidades infecciosas, ordenar o fechamento de um estabelecimento em que se exerça uma atividade perigosa sem meios suficientes de proteção, ordenar a construção de uma ponte, etc.

Em tais casos, varia a situação jurídica conforme os conceitos técnicos estejam ou não ligados a critérios administrativos. Na hipótese de existir essa vinculação, a Administração faz um juízo de valor; em caso contrário, não.

Menciona o autor em exame duas hipóteses em que os conceitos técnicos estão ligados a critérios administrativos: a) quando, com base em dados proporcionados por órgão técnico, a Administração deve, no caso concreto, decidir fazendo uma apreciação de conformidade com critérios administrativos de oportunidade e conveniência. Exemplificando: um órgão técnico pronuncia-se no sentido de que um prédio ameaça cair; a Administração deve resolver se essa ameaça representa ou não perigo para o interesse público, a exigir ou não a demolição; nesse caso, a questão técnica fica absorvida pela questão administrativa; b) em outros casos, a decisão fundamenta-se em critérios administrativos, embora também tendo que escolher os meios técnicos mais adequados para satisfazer o interesse público. Por exemplo: a escolha de critérios técnicos para a construção de uma obra pública.

Nas hipóteses mencionadas a discricionariedade técnica constitui verdadeira discricionariedade, pois existe sempre, por parte da Administração, uma apreciação em face do interesse público.

Pelo contrário, existem outras hipóteses em que os critérios técnicos não estão ligados a critérios administrativos: perante manifestação do órgão técnico, a Administração não cabe valorar em que medida o fato afeta o interesse público; ela deverá decidir consoante as condições técnicas previamente definidas em lei. Por exemplo, no caso do sacrifício de animais atacados de enfermidades infecciosas, à Administração cabe apenas constatar a ocorrência da enfermidade, sem valorar a medida em face do interesse público.



Nesses casos não há discricionariedade propriamente dita, porque a Administração não tem liberdade para apreciar a conveniência e oportunidade do ato; os vocábulos “discricionariedade” e “técnica” aparecem, então, como inconciliáveis.<sup>69</sup>

Antônio Francisco de Sousa relata que “desde a União italiana e a introdução dos tribunais administrativos verifica-se na Itália um controle progressivo dos “conceitos indeterminados”: controle de mérito; reconhecimento de uma “discricionariedade técnica”; ausência de critério fixo no controle dos “conceitos indeterminados”.<sup>70</sup>

### ***1.5 Direito Português***

Vários autores estudaram os conceitos jurídicos indeterminados, merecendo destaque as opiniões de Afonso Rodrigues Queiró e de Antônio Francisco de Sousa.

Em clássico trabalho denominado “A Teoria do ‘Desvio de Poder’ em Direito Administrativo,” Queiró sustenta a existência da discricionariedade como decorrência do emprego, pela lei, de conceitos jurídicos indeterminados. Vale a pena, nesta oportunidade transcrever seus ensinamentos:

“Por sua vez, a norma é obra de um legislador, e seria insensato negar que a este legislador é impossível, material e logicamente impossível, para muitíssimas hipóteses, transmitir ao agente mais do que ordens e enunciar os fatos com conceitos de caráter em certa medida vago e incerto, de tal maneira que o agente ao executar essas ordens e interpretar esse conceitos deve fixar-se, devendo agir, em uma dentre várias interpretações possíveis destes últimos.....(omissis)”. “.....o agente desenvolve primeiro uma atividade interpretativa, e, visto como a norma realmente, por impossibilidade lógico-natural, não consegue tudo regular em forma absolutamente especificada e detalhada, a atividade

---

<sup>69</sup> Renato Alessi, ob. cit., pp. 195-198.

<sup>70</sup> Ob. cit., p. 151.

interpretativa do agente administrativo, socorrida de todos os meios que indique uma correta teoria da interpretação das leis administrativas, chega a um ponto em que não tem mais que verificar a incerteza da vontade legal. No fim de contas, decorrido o processo interpretativo, fica sempre ao órgão um campo circunscrito de liberdade quanto à determinação da sua competência, e portanto também do conteúdo do seu agir. A interpretação defronta-se com duas espécies terminológicas e conceituais: conceitos de significação definível, e conceitos de significação exata indeterminada. Estes últimos são mais corretamente designáveis por conceitos “plurissignificativos”, pois comportam um número limitado de significações igualmente possíveis, e não um número indefinido delas”.<sup>71</sup>

Mais adiante, prossegue o jurista português esclarecendo que a lei, ao atribuir a um órgão uma função, refere-se a fatos ou situações que pertencem ao mundo da natureza (da causalidade) ou ao da cultura (do valor). Para se referir aos primeiros, a lei recorre a conceitos unissignificativos, prestados por qualquer das ciências baseadas no valor teórico verdade e que, portanto, pressupõem o princípio causalista, as categorias de espaço e tempo, ou o conceito de número (quantidade). São os conceitos das ciências empírico-matemáticas, de contornos absolutamente individualizáveis, com valor objetivo e universal, cujo processo interpretativo leva a uma única e verdadeira formulação. São também chamados de conceitos teóricos e quando a lei os emprega, não deixa discricionariedade à Administração; as dúvidas porventura existentes são desfeitas através da utilização dos processos de hermenêutica administrativa.

Já para se referir a fatos e situações que pertencem ao mundo da razão prática, da sensibilidade (da cultura, do valor), a lei se utiliza de conceitos plurissignificativos, conceitos práticos, que se ressentem de certa fluidez, de alguma incerteza. Vale dizer, a discricionariedade fica circunscrita aos conceitos de valor utilizados na norma jurídica, aos conceitos práticos (não teóricos). Dentro dessa idéia, ele define discricionariedade como

---

<sup>71</sup> Ob. cit., RDA, vol. 6, pp. 55-56.

“uma faculdade de escolher uma entre várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo às condições de fato do agir administrativo – escolha feita sempre dentro dos limites da lei.”<sup>72</sup>

Em síntese, duas são as conclusões fundamentais de Queiró a respeito da discricionariedade: 1) quando a lei emprega conceitos teóricos, unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, há vinculação; se faz uso de conceitos práticos, que gozam de certa imprecisão, e que por isso são plurissignificativos, há discricionariedade; e 2) a discricionariedade somente pode existir em razão da utilização, pela lei, de conceitos práticos.

Antônio Francisco de Sousa adota uma posição um pouco mais restritiva, pois “a discricionariedade só existe no campo dos efeitos de direito e com expressa vontade do Legislador; seja através de “cláusulas discricionárias” (expressa, por exemplo, através de expressões como “pode”, “está autorizada”, etc.) ou de qualquer outro modo. Se a lei atribui ou não um poder discricionário à Administração, resulta, e só pode resultar, da vontade da lei, como unidade, e não de conceitos individuais, mesmo que se trate das chamadas “cláusulas discricionárias”, como “pode” ou “está autorizada”. A interpretação da lei quanto a saber se esta atribui ou não um poder discricionário, cai, como questão de direito que é, sob o controle jurisdicional. Conceitos individualizados, desprendidos das leis em que se inserem, por mais indeterminados que sejam, não chegam para concluir pela existência ou não de poderes discricionários.”<sup>73</sup>

Observa o doutrinador que a situação em seu país continua a ser muito confusa e pouco animadora em sede de “conceitos jurídicos indeterminados”, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Quanto a esta última, embora haja vários casos em que o Supremo Tribunal Administrativo exerceu o controle sobre os conceitos indeterminados aplicados pela Administração, as hipóteses são excepcionais, o que equivale a dizer que não há uma

---

<sup>72</sup> Ob. cit., pp. 60-61, 77-78.

<sup>73</sup> Ob. cit., pp. 328-329.

coerência lógica e critérios suficientemente claros nas decisões daquele órgão superior judicial.<sup>74</sup> É na doutrina que ele aponta um quadro mais animador, reportando-se aos autores que negam a existência de discricionariedade quando a lei utiliza conceitos indeterminados.

## **2 - DIREITO BRASILEIRO**

A matéria dos conceitos jurídicos indeterminados foi pouco desenvolvida no direito brasileiro.

O saudoso mestre Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, após fazer referência à distinção feita pelos autores italianos entre poderes discricionários puros e técnicos, reconhece hipóteses de discricionariedade pura e qualificada, mas nega que se possa falar em discricionariedade técnica: “Esta, na verdade, elucida a atividade administrativa ou coopera para o seu bom desempenho. Os requisitos ou elementos técnicos podem ser de natureza flexível, elásticos, ou ao contrário, de caráter rígido, precisos. Naquele caso deixam margem à apreciação subjetiva de autoridade administrativa, enquanto neste estabelecem dados objetivos para o seu exame. Então, em um caso a técnica faculta poderes discricionários, enquanto em outro prescreve poderes vinculados.”<sup>75</sup>

Como aponta Maria Sylvia Zanella di Pietro, trata-se de uma teoria em tudo semelhante à de Renato Alessi.<sup>76</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello refuta a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos ou imprecisos – também chamados de vagos ou indeterminados ou elásticos – é estranho ao tema da discricionariedade. Consoante magistério do festejado administrativista – “exatamente porque o conceito é fluido – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente

---

<sup>74</sup> Ob. cit., p. 133.

<sup>75</sup> “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, Rio, Forense, 1969, vol. 1, p.425.

<sup>76</sup> Ob. cit., p. 81.

razoáveis.”<sup>77</sup> Prossegue mais adiante: “..... a noção de discricionariedade não se adscrive ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos ..... É certo, entretanto, que as próprias opções fundadas em conveniência e oportunidade se entrelaçam de tal modo com a questão dos conceitos indeterminados residentes no pressuposto legal que não podem ser dela desprendidas, na medida em que para resolver-se se um dado ato é suscetível de qualificar-se, de direito, como conveniente ou oportuno, tenha-se de resolver previamente sobre aplicabilidade ou não do conceito impreciso mencionado pela lei em sua hipótese ou em sua finalidade.”<sup>78</sup> E arremata: discricionariedade “é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, afim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.”<sup>79</sup>

Regina Helena Costa escreveu um trabalho intitulado “Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa.”<sup>80</sup> Para a autora, em muitos casos a interpretação não será suficiente para afastar a indeterminação do conceito jurídico, podendo a Administração Pública, como primeira aplicadora daquele, optar entre mais de uma significação possível, tendo sempre como guia o princípio da razoabilidade. A solução à questão só pode ser fornecida casuisticamente, em face do tipo de conceito empregado pela norma de experiência ou de valor. No primeiro caso, “o administrador, após socorrer-se do processo interpretativo, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer

---

<sup>77</sup> “Discricionariedade e Controle Jurisdicional”, cit., p. 23.

<sup>78</sup> Ob. cit., pp. 27-28.

<sup>79</sup> Ob. cit., p. 48.

<sup>80</sup> Revista PGE/SP, jun. 1998, pp. 79-108.

margem de liberdade de escolha de seu significado”; no segundo, “caberá àquele, terminada a interpretação, uma vez restando ainda um campo nebuloso do conceito que esta não foi suficiente para eliminar, definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que a própria discricionariedade.”<sup>81</sup>

A consequência principal da determinação desses dois tipos de conceito está no controle judicial que possa ser exercido: em se tratando de conceitos de experiência, determináveis mediante interpretação, “o controle judicial é amplo, exatamente porque cabe ao Judiciário, como função típica, interpretar o alcance das normas jurídicas para sua justa aplicação. Diversa será a situação se se tratar de conceitos de valor, cuja significação é preenchida por meio da apreciação subjetiva do órgão administrativo. Neste caso, o controle judicial é apenas um controle de contornos, de limites, pois, se assim não fosse, estar-se-ia substituindo a discricionariedade administrativa pela judicial.”<sup>82</sup>

Ressalta, porém, que, em determinadas hipóteses, apesar de a lei permitir opção entre duas ou mais alternativas de conduta da Administração Pública, resta apenas um comportamento possível no caso concreto. Nestas situações, se outra tiver sido a solução adotada, cabe ao Judiciário substituí-la pela única admissível em concreto, funcionando o princípio da razoabilidade como parâmetro da atuação discricionária.

Outro trabalho voltado para o tema é o de Onaldo Franco Jannotti,<sup>83</sup> onde o autor se posiciona no sentido de que a discricionariedade pode decorrer da utilização de conceitos indeterminados na hipótese, na finalidade e no mandamento da norma. Poderá também derivar: a) da hipótese ou do mandamento da norma, mesmo se utilizados conceitos unissignificativos, quando a lei permitir à Administração a opção entre pressupostos ou entre conteúdos nitidamente delimitados; b) da hipótese, quando a lei omitir a indicação do pressuposto; c) do

---

<sup>81</sup> Ob. cit., p. 98.

<sup>82</sup> Ob. cit., pp. 101-102.

<sup>83</sup> “Conceitos indeterminados e origem lógico-normativa da discricionariedade”, RDP-64, pp. 37-54.

mandamento, quando a norma facultar o comportamento, ao invés de exigi-lo; d) do silêncio da norma, quanto à forma ou ao momento de sua prática.

Não obstante seja ampla a possibilidade de configuração normativa da discricionariedade, a ação discricionária deve circunscrever-se aos limites determináveis da lei. Uma vez, entretanto, que a Administração tenha agido nos limites legais, é vedado ao Judiciário penetrar no mérito de suas decisões.<sup>84</sup>

Lúcia Valle Figueiredo analisou o tema, afastando a possibilidade de a discricionariedade alojar-se nos conceitos indeterminados. “In verbis”: “todo conceito é finito e por assim ser, há nele um núcleo de certeza positiva e há outra parte que, pelo contrário, é o núcleo de certeza negativa (isto é, determinada coisa não pode ser), e há uma zona intermediária, faixa cinzenta, diante da qual vai se colocar o problema. No primeiro momento, ter-se-á ainda o problema da subsunção, e, só depois de interpretado o conceito, é que se vai colocar “alguma” discricionariedade. Não se deveria dizer “alguma”, “pouca”, ou “muita” discricionariedade, mas só para que se tenha uma convenção de palavras, diria “alguma” discricionariedade.

Viu-se que, diante de um conceito, inicialmente tem-se o problema de interpretação. Interpretado o conceito, tem-se o problema de subsunção. Na subsunção tem-se a **premissa menor**, o fato, a premissa maior, a norma geral ou o **conjunto** de normas. Este o grande problema, pois pode ser que, apenas a norma não seja suficiente, e se tenha de usar as premissas maiores complementares, exatamente para que se consiga fazer a subsunção (note-se que é possível haver apenas subsunção, mesmo diante dos conceitos imprecisos).” E enfatiza: “não são os conceitos plurissignificativos hábeis a elidir o controle. De forma alguma. A existência de conceitos não unívocos não quer dizer,

---

<sup>84</sup> Ob. cit., pp. 52-53.

necessariamente, que haja competência realmente discricionária dentro de comportas angustas que a legalidade demarca.”<sup>85</sup>

Régis Fernandes de Oliveira também aborda o uso dos conceitos práticos, onde, apoiando-se nos ensinamentos de Queiró, diz que, quando o legislador se utiliza de tais conceitos, permanece sempre ao administrador uma esfera em que é absoluto, em que apenas ele poderá preencher com seu ato de juízo, a norma individual.

“Mas”, acentua, “como a discricionariedade implica escolha de um dos vários comportamentos possíveis, o administrador é senhor do complementamento da norma genérica e abstrata. Existe a prévia validação de qualquer das escolhas do agente. Qualquer dos comportamentos possíveis previamente validados pela norma, será campo e lide do poder discricionário.

A margem de liberdade que assiste ao administrador para atingir a finalidade da norma pode ser mais ou menos ampla. Se a lei apenas faculta ao administrador agir ou não, então, há limitação do comportamento. Caso a lei valide uma série maior de comportamentos possíveis, ter-se-á liberdade mais ampla.”<sup>86</sup>

Maria Sylvia Zanella di Pietro, em sua obra “Discricionariedade Administrativa”, após fazer um estudo dos conceitos jurídicos indeterminados no direito estrangeiro e no brasileiro, assegura que a grande dificuldade está na definição apriorística de todas as hipóteses em que o uso de conceitos indeterminados implique a existência de discricionariedade para a Administração, pois, é apenas pelo exame da lei, em cada caso, que podem ser extraídas as conclusões.

Em algumas hipóteses a lei usa conceitos que dependem de manifestação de órgão técnico, não cabendo à Administração mais do que uma solução juridicamente válida, como é o caso do direito à aposentadoria por invalidez. Corresponderia à impropriamente denominada discricionariedade técnica; a

---

85 “Discricionariedade poder ou dever”, “in” Curso de Direito Administrativo, vários autores, S. Paulo, RT, 1988, pp. 127-128 e 134. Curso de Direito Adm., S. Paulo, Malheiros, 1994, pp. 115-132.

86 “Ato Administrativo”, S. Paulo, RT, 1992, p. 86.



denominação é inadequada pois, se não existe discricionariedade, a hipótese não pode ser inserida como uma de suas modalidades. Indeferida a aposentadoria, o interessado poderá dirigir-se ao Poder Judiciário, que deverá apreciar a decisão administrativa e anulá-la se em desconformidade com a decisão do órgão técnico.

Em outras situações, apesar de depender a autoridade de manifestação de órgãos técnicos, a sua decisão não fica inteiramente vinculada, como no caso de tombamento: a autoridade só pode fazê-lo se houver pronunciamento favorável do órgão técnico, porém esse pronunciamento não obriga o tombamento.

Outras vezes, embora a lei empregue conceitos técnicos, a própria manifestação técnica pode conduzir a resultados diversos que deverão ser apreciados pela Administração. Nem toda ciência técnica é ciência exata.

Consoante a mesma administrativista, a discricionariedade fica afastada no caso dos conceitos de experiência ou empíricos, por haverem critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a única solução possível. Quando a lei utiliza esse tipo de expressão (como, por exemplo, caso fortuito ou força maior, jogos de azar, premeditação, bons antecedentes), é porque quer que ela seja usada no seu sentido usual; e, sendo a matéria de pura interpretação, pode o Poder Judiciário rever a decisão administrativa, porque ela está fora do âmbito da discricionariedade.

Já, na hipótese de conceitos de valor, a existência da discricionariedade não significa liberdade total, isenta de qualquer limite. Neste caso e no anterior é que começa a dificuldade em definir onde termina a interpretação e começa a discricionariedade. Trata-se de matéria da maior importância, porque diz respeito à extensão do controle judicial sobre a Administração Pública: onde houver mera interpretação, ao Poder Judiciário caberá a palavra final; onde houver discricionariedade,

será definitiva e inatacável judicialmente a decisão administrativa.<sup>87</sup>

Eros Roberto Grau,<sup>88</sup> se pronunciou no sentido de que “no exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados, o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade”. E mais além remata: “O fato é que tem-se hoje por superada, ao menos no campo doutrinário, a tese que sustenta operar-se no âmbito da discricionariedade da Administração o preenchimento dos conceitos indeterminados.”

### **3 – *Apreciação Crítica***

Tem sido corrente entre os juristas a afirmação de que a discricionariedade é a margem de liberdade que remanesce ao administrador para, no caso concreto, eleger um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, todos juridicamente admissíveis, com base em critérios de conveniência, oportunidade, razoabilidade, justiça etc – tema concernente ao mérito do ato administrativo.<sup>89</sup> Mas, aqui surge a questão de saber se a discricionariedade cinge-se apenas ao campo das opções administrativas efetuadas em função do tema do “mérito” do ato administrativo ou se há outros casos em que o administrador pode ter mais de uma conduta?

A resposta a essa indagação envolve o tema dos conceitos jurídicos indeterminados, onde diferentes tendências animam o dissídio doutrinal. Assim, destacam-se:

1 – a dos que consideram que os conceitos vagos ou imprecisos não dão margem à discricionariedade, porque, apreender-lhes o sentido é operação mental puramente interpretativa da lei, que leva a uma única solução válida possível;

---

<sup>87</sup> Ob. cit., pp. 92-93.

<sup>88</sup> Ob. cit., p. 75.

<sup>89</sup> Observa Maria Sylvia Zanella di Pietro que, embora nem todos usem o vocábulo mérito, este é aceitável desde que bem delimitado o seu significado. Ob. cit., p. 92.

2 – a dos que entendem que os conceitos práticos são a única fonte de discricionariedade, ou seja, a discricionariedade advém somente de tais conceitos;

3 – a dos que sustentam que os conceitos fluidos podem conferir discricionariedade à Administração. Dentro dessa linha há os que afirmam a existência de discricionariedade desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a mesma diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas.

Vimos no direito alemão (Tezner, Bühler) e no direito espanhol (García de Enterría, Sainz Moreno) opiniões tendentes a afastar qualquer discricionariedade diante de conceitos jurídicos indeterminados.

No direito português encontramos a posição de Queiró, que limita a existência da discricionariedade às hipóteses de utilização, pela lei, de conceitos práticos, para referir-se a fatos ou situações pertencentes “ao mundo do valor”.

No direito italiano e, em parte, no direito alemão, mencionamos doutrinas que aceitam certa margem de discricionariedade quando a lei emprega noções fluidas ou elásticas, que comportam a apreciação pela Administração Pública, consoante determinados critérios de valor.

No direito brasileiro, a maior parte dos doutrinadores pende para esta última tendência, com a preocupação de traçar limites à discricionariedade, através de princípios como o do interesse público e o da razoabilidade ou proporcionalidade.<sup>90</sup>

Ante tantos critérios convém tecermos algumas ponderações a respeito da matéria, objetivando definir nossa posição.

Preliminarmente, parece-nos que as posições extremadas, ou seja, tanto as que prelecionam que os conceitos indeterminados não conferem discricionariedade à Administração, como as que ensinam que tais conceitos sempre ensejam discricionariedade,

---

<sup>90</sup> Cf. Maria Sylvia Zanella di Pietro, *ob. cit.*, p. 92.

oferecem soluções por demais simplistas à complexa questão da relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade. Todas essas posturas, cada qual a seu modo, postulam uma solução unívoca que, a nosso ver, se apresenta em descompasso com a realidade. Senão vejamos:

García de Enterría e Ramón Fernandez aceitam o pensamento da moderna Escola Alemã, asseverando que os conceitos indeterminados só apresentam tal característica considerados em abstrato e não diante dos casos concretos, isto é, por ocasião de sua aplicação, quando ganhariam consistência e univocidade. Nesse sentido, a questão suscitada por esses conceitos é meramente uma questão de interpretação, definível Poder Judiciário como qualquer outra e não de discricionariedade. Tais conceitos, ainda consoante os insignes juristas, são passíveis de serem conduzidos para a zona de certeza, onde “*tertium non datur*” ou se dá ou não se dá o conceito.

Cremos que tal raciocínio é válido apenas em parte: provavelmente será verdadeiro com relação a alguns casos. Mas, acreditamos existirem inúmeras situações em que mais de uma interpretação será igualmente sustentável, não se podendo afirmar objetivamente que uma opinião divergente daquela que se tenha será errada ou incorreta ou que terá violado a lei, transgredido o direito. E, se é incensurável perante o direito, o administrador terá agido dentro de uma liberdade intelectual que o direito lhe possibilitava perante o caso concreto.

Com efeito, em muitas ocasiões, mesmo recorrendo-se a todos os meios para delimitar o âmbito de uma expressão vaga, exatamente porque o conceito é impreciso, a interpretação não será suficiente para afastar a indeterminação do conceito, e o administrador, como primeiro aplicador deste poderá optar por uma entre várias condutas possíveis, desde que igualmente razoáveis.

A propósito, pode-se dizer como Bernatzik, a respeito dos conceitos fluidos que, na sua execução, existe “um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou a não exatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra

opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa.<sup>91</sup>

Nessa circunstância, verificado que a Administração se firmou em uma intelecção comportada pelo conceito no caso concreto – ainda que outra também pudesse sê-lo – seu ato não poderia ser revisto por qualquer órgão controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário.

Não são outros, aliás, os ensinamentos do brilhante administrativista brasileiro Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Em despeito de fatores que concorrem para delimitar o âmbito de intelecção dos conceitos imprecisos - ..... seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontados com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não. Em inúmeras situações, mais de uma intelecção seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto.

Noções como “pobreza”, “velhice”, “notável saber”, “boa ou má reputação”, “urgência”, “tranquilidade pública” – como quaisquer outras suscetíveis de existir em graus e medidas variáveis – ensejarão, em certos casos, objetiva certeza de que “in concreto”, foram bem ou mal reconhecidos. Isto em alguns casos, não porém em todos. É dizer: em dadas situações, nas paradigmáticas ou típicas, poder-se-á dizer, em nome de uma verdade objetivamente convincente, que alguém indubitavelmente é pobre ou que é velho ou então que não o é (e assim por diante no exemplário referido), porém, em outras tantas, mesmo recorrendo-se a todos os meios ..... para delimitar o âmbito de uma expressão vaga, ter-se-á de reconhecer que não se poderia rechaçar como necessariamente falsa nenhuma dentre duas opiniões conflitantes

---

<sup>91</sup> Cit. por Afonso Rodrigues de Queiró, ob. cit., vol. 6, p. 63.

sobre o mesmo tópico ..... Ora, se a inteligência administrativa não contrariava o direito ..... faleceria título jurídico ao órgão controlador de legitimidade para rever o ato.....”.<sup>92</sup>

Na trilha do *emérito* mestre, também não se nos afigura correta a tese de que o tema dos conceitos indeterminados é estranho ao tema da *discrecionariedade* sob argumentação de que a apreensão do significado dos conceitos imprecisos é um ato de inteligência, e, pois, ato da alçada do Judiciário e que as decisões de mérito são atos de *volição*, consistentes em uma opção administrativa, segundo critérios de conveniência e oportunidade, dentre dois ou mais comportamentos igualmente admissíveis pela norma aplicanda e, portanto, os únicos a ensejarem *discrecionariedade*.

Com efeito, da circunstância de estarmos diante de duas realidades distintas – um ato de inteligência e um ato de *volição* – não deflui necessariamente que tenham repercussões jurídicas diversas. No caso, aliás, não o têm; os efeitos de direito são idênticos.

Ora, se o “fenômeno” jurídico é o mesmo, não haveria razão para atribuir designações diferentes a situações com igual caracterização jurídica.

Com propriedade observa Celso Antônio de Mello: “Deveras, qual o *préstimo* jurídico, ou seja, para que serve a noção de *discrecionariedade*, senão para referir as situações em que a Administração desfruta de uma certa liberdade, por força da qual o Judiciário não pode ir além de certos limites, tendo de reconhecer que no interior deles a atuação administrativa é *incensurável* e que *inexiste* direito subjetivo de terceiro *oponível* *procedentemente* contra o comportamento administrativo adotado? ..... Vale dizer, tais operações mentais, intelectivas ou *volitivas*, repercutem indiferentemente para a composição dos mesmos efeitos jurídicos que integram o que se entende por *discrecionariedade*. Pouco importa se a liberdade que a lei proporciona para a Administração é uma “liberdade intelectiva” ou uma “liberdade *volitiva*”, porquanto, em razão de uma ou de

---

<sup>92</sup> *Discrecionariedade*, cit., pp. 22-24.

outra, os efeitos de direito serão idênticos ..... Ressalte-se ..... que o Judiciário tanto interpreta a lei – para corrigir atos que desbordem das possibilidades abertas pela moldura normativa – nos casos em que se verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quando, para os mesmos fins, verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades da lei. Não há diferença entre uma e outra situação no que concerne à correção judicial cabível.”<sup>93</sup>

Do que expusemos, parece-nos indisputável que a discricionariedade abrange o tema da intelecção dos conceitos vagos. Nossa conclusão, entretanto, não implica acatar a doutrina de Queiró, na medida em que ela afirma, em termos absolutos, que, de manuseio, pela lei, de conceitos fluidos, sempre decorrerá discricionariedade. Também divergimos do autor português porque restringe a existência da discricionariedade às hipóteses de utilização, pela lei, de tais conceitos práticos. Trata-se de posição incapaz de abranger todos os casos de discricionariedade.

Destarte, para nós, a menção a conceitos indeterminados pela lei pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração Pública. Pensamos que a solução à questão – e aí reside a dificuldade maior – só pode ser fornecida casuisticamente.

A existência de conceitos não unívocos não quer dizer, necessariamente, que haja competência discricionária dentro das comportas que a legalidade demarca. Isto porque a descrição ao nível da norma não é suficiente para dizer que há discricção no caso concreto. A “admissão” de discricionariedade no plano da norma é uma possibilidade, uma condição necessária, porém não suficiente para que ocorra “in concreto”. Sua previsão na “estática” do Direito não lhe garante presença na “dinâmica” do Direito. Ou seja, uma coisa é detectar discricção em uma norma abstrata, outra é verificar se a discricção não se dilui quando da aplicação da norma ao caso concreto.

---

<sup>93</sup> Ob. cit., pp. 25 - 27.

O exame das circunstâncias de fato, a finalidade normativa, a causa do ato, os princípios e valores do ordenamento, as zonas de certeza positiva e negativa dos conceitos jurídicos indeterminados, o critério da razoabilidade e a interpretação, feita contextualmente, em regra, afunilam o caminho a ser seguido pelo administrador, de tal maneira que este possa se ver não mais diante de um leque de opções, mas diante de uma única escolha legítima diante do caso concreto.

Só reconhecemos a discricionariedade na aplicação, pois, a discricção é atribuída ao administrador para que este opte, não por qualquer solução, mas sempre, pela solução mais adequada para atender a finalidade legal, pela melhor solução para um caso concreto.

Dessa forma, o campo da discricionariedade é maior na norma de Direito, ficando reduzida quando da sua aplicação ao caso concreto, e a mais precisa forma de descobri-la ou verificar se ainda permanece, após o processo interpretativo, dá-se quando – trazendo novamente à colação Bernatzik – nos defrontamos com “um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou não exatidão da conclusão atingida”, ou seja, quando duas ou mais opiniões são igualmente sustentáveis. Neste caso temos uma dúvida que não é resolúvel em termos lógicos. E só aí é que se tem discricção e nestas hipóteses, a decisão do administrador haverá de ser tida como inatacável.

Outra não é a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, quando declara: “Segue-se que a abstrata liberdade conferida ao nível da norma não define o campo da discricionariedade administrativa do agente, pois esta, se afinal for existente (ao ser confrontada a conduta devida com o caso concreto), terá sua dimensão delimitada por este mesmo confronto, já que a variedade de soluções abertas em tese pela norma traz consigo implícita a suposição de que algumas delas serão adequadas para certos casos, outras para outra ordem de casos e assim por diante. Então, o controlador da legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função própria, não se poderá deixar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejaram o ato, se, à vista de



cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser “in concreto” incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma.”<sup>94</sup>

Por derradeiro, façamos breve referência à problemática da localização dos conceitos jurídicos indeterminados na estrutura lógico-normativa da discricionariedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, que nos oferece original esquematização a respeito, anota que a discricionariedade pode derivar da hipótese da norma jurídica a ser implementada, de seu mandamento ou de sua finalidade. Assim, verificados determinados pressupostos de fato (os motivos da doutrina francesa), o administrador poderá praticar certo ato, tendo em vista a finalidade indicada pela lei. A discricionariedade deflui do mandamento da lei, quando a norma facultar um comportamento, ao invés de exigí-lo, ou, ainda, quando outorga ao administrador o encargo de decidir sobre a providência a ser obrigatoriamente tomada, de modo a que tenha que eleger entre pelo menos duas alternativas. Também admite o autor que a lei poderá conferir discricção ao administrador quanto à forma do ato ou ao momento de sua prática.<sup>95</sup>

Importa, pois, saber em que pontos da estrutura da norma jurídica atributiva de discricionariedade poderão alojar-se os conceitos indeterminados.

Segundo o mesmo jurista pátrio, primeiramente, na hipótese da norma, que, ao descrever os fatos autorizadores ou exigentes de certo comportamento da Administração, pode se utilizar de conceitos vagos, imprecisos. E, em segundo lugar, na finalidade da norma, quando esta for expressada mediante conceitos práticos. Neste último caso, esclarece que a liberdade administrativa reflui sobre os motivos, contidos na hipótese da norma.

---

<sup>94</sup> Discricionariedade, cit., 47-48.

<sup>95</sup> Cf. Curso de Direito Administrativo, S. Paulo, Malheiros, 1994, pp. 458-462.

Entretanto, parece-nos viável a localização de conceitos jurídicos indeterminados no mandamento da norma, ainda que sua ocorrência seja mais rara.

Karl Engisch, ao examinar os conceitos indeterminados, aponta que os mesmos podem aparecer nas normas jurídicas não só na chamada “hipótese” como ainda na “estatuição”. E exemplifica com o § 231 do Código de Processo Penal: o juiz-presidente pode tomar, relativamente ao acusado que compareceu em juízo, “as medidas apropriadas” a evitar que ele se afaste para longe.<sup>96</sup>

Regina Helena Costa<sup>97</sup> e Onaldo Franco Janotti<sup>98</sup> também vislumbraram a hipótese de utilização de conceitos indeterminados no mandamento da norma. Este último exemplifica com uma lei que determinasse a concessão anual de prêmios a funcionários que preenchessem determinadas condições, sem, entretanto, especificar em que consistiria a premiação. Em situação semelhante, ressalta, haveria inegavelmente discricionariedade na fixação dos prêmios, embora o pressuposto estivesse rigidamente determinado e não houvesse liberdade de conceder ou não o prêmio.

Como os autores mencionados, acreditamos que em Direito Administrativo pode ocorrer que a norma jurídica, ao facultar comportamento à Administração, expressa-se genericamente a respeito do que possa consistir esse comportamento. Portanto, a nosso ver, os conceitos indeterminados poderão localizar-se em qualquer dos três segmentos da estrutura da norma jurídica atributiva da discricionariedade.

## ***V – CONSIDERAÇÕES FINAIS***

Num trabalho de singelas proporções como o nosso, diante da complexidade do tema – conceitos jurídicos indeterminados e

---

<sup>96</sup> “Introdução ao Pensamento Jurídico”, Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, 3ª ed., p. 174.

<sup>97</sup> Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa, Revista PGE/ SP, junho/88, p.89.

<sup>98</sup> Conceitos Indeterminados e Origem Lógico-Normativa da Discricionariedade, RDP – 64, pp. 51/52.

discrecionariedade administrativa – apesar de toda a aplicação e pesquisa dos assuntos que empreendemos, seria pretencioso falar em conclusões.

Por isso mesmo, nos contentaremos em alinhar algumas considerações finais, atingidas ao longo deste estudo.

- 1) Embora dotada de maior precisão que a linguagem comum, também a linguagem jurídica, padece de fluidez, de incertezas, de vaguidades. Isso sucede quando a lei se utiliza de conceitos indeterminados, residindo a imprecisão no próprio conceito e não na palavra que os rotula.
- 2) A matéria ganhou especial relevo no âmbito do Direito Administrativo tendo em conta que os conceitos indeterminados constituem um instrumento privilegiado ao legislador para a outorga de certo tipo de competências às autoridades administrativas para possibilitar-lhes “reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa”.
- 3) Feita uma ligeira incursão no direito estrangeiro e brasileiro, mencionamos várias posições doutrinárias quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, destacando:
  - a) a dos que consideram que os conceitos vagos ou imprecisos não dão margem à discrecionariedade, porque, diante deles a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível;
  - b) a dos que entendem que tais conceitos são a única fonte de discricção;
  - c) a dos que afirmam que os conceitos fluidos podem conferir discrecionariedade à Administração.
- 4) Não consideramos aceitáveis as duas primeiras posições, por serem demais radicais, simplistas e em descompasso com a realidade, diante da difícil questão da relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discrecionariedade.
- 5) Entendemos que o tema dos conceitos legais, fluidos, não é estranho ao tema da discrecionariedade e que esta não se

cinge aos conceitos não unívocos. Por sua vez, nem sempre a utilização desses conceitos pela lei, conduz, necessariamente, à discricionariedade perante o caso concreto. A solução à questão – e aí reside a dificuldade maior – só pode ser fornecida casuisticamente.

- 6) O exame das circunstâncias de fato, a finalidade normativa, a causa do ato, os princípios e valores do ordenamento, as zonas de certeza positiva e negativa dos conceitos jurídicos indeterminados, o critério da razoabilidade e a interpretação, feita contextualmente, em regra, afunilam a trilha a ser percorrida pelo administrador.
- 7) A discricção é outorgada ao administrador para que este opte sempre pela solução mais adequada para atender a finalidade legal e, nesta hipótese, sua decisão haverá de ser tida como inatacável.
- 8) Em matéria administrativa, a presença de conceitos indeterminados na estrutura da norma jurídica pode situar-se na hipótese, no mandamento ou na finalidade.

Em que pese nosso entendimento, não o consideramos como um pronunciamento final sobre os temas abordados, em especial porque muitos deles são questões abertas, que recebem várias respostas, conforme as premissas ou os critérios básicos que se adotem.

## **VI – BIBLIOGRAFIA**

- ABBAGNANO, Dicionário de Filosofia, S. Paulo, Ed. Mestre Jou, 1970.
- ALESSI, Renato, "Instituciones de Derecho Amministrativo", Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1970.
- ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa, "Limites à chamada "discricionariedade" judicial", "in" Revista de Direito Público nº 96, pp. 157-166.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, "Curso de Direito Administrativo", S. Paulo, Ed. Malheiros, 1994.
- Eficácia das Normas Constitucionais sobre justiça social, "in" Revista de Direito Público, pp. 57-58.

- “Discrecionalidade – Fundamentos – Natureza e Limites”, “in” Revista de Direito Público, nº 33, pp. 85-98.
- Legalidade – Discrecionalidade – Seus Limites e Controle”, “in” Revista de Direito Público nº 86, pp. 42-59.
- Discrecionalidade e Controle Jurisdicional”, S. Paulo, Ed. Malheiros Editores Ltda 1992.
- BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha, “Princípios Gerais do Direito Administrativo”, Rio, Ed. Forense, 1969.
- BULLINGER, Martin, “A Discrecionalidade da Administração Pública”, “in” Revista de Ciência Política 2, vol. 30, p. 3-23.
- CAMPAZ, Walter, Discrecionalidade “in” Revista de Direito Público, nº 47-48, pp. 28-37.
- CARRIÓ, Genaro R., “Algunas Palabras sobre las Palabras de la Ley”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971.
- “Notas sobre Derecho y Language”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979.
- COSTA, Regina Helena, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discrecionalidade Administrativa, “in” Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Junho 88, pp. 79/108.
- ENGISCH, Karl – “Introdução ao Pensamento Jurídico”, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian – 3ª ed.
- FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis – “Ato Administrativo”, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1922.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle – “Discrecionalidade: Poder ou Dever”, “in” Curso de Direito Administrativo, coordenado por Celso Antônio Bandeira de Mello, Revista dos Tribunais, 1986, pp. 120-135.
- Curso de Direito Administrativo, S. Paulo, Malheiros, 1994.
- FIORINI, Bartolome A. – “La Discrecionalidad en la Administración Publica”, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1948.
- FRANCISCO DE SOUSA, Antônio – “A Discrecionalidade Administrativa”, Lisboa, Ed. Danúbio Ltda., 1987.
- FORSTHOFF, Ernst. – “Tratado de Derecho Administrativo”, Madri, Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- GARCÍA de Enterría, Eduardo e Fernández Tomás – Ramón – “Curso de Direito Administrativo”, trad. Arnaldo Setti, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
- GIANNINI, Massimo Severo – “II Potere Discrezionale della Publica Amministrazione”, Milão, Ed. Dott – A. Giufrè, 1939.
- GORDILLO, Agustin – “Princípios Gerais de Direito Público”, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

- GRAU, Eros Roberto – “Direito, Conceitos e Normas Jurídicas”, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1988.
- HEGEL, Princípios da Filosofia do Direito, trad. de Orlando Vitorino, 2ª ed., Lisboa, Guimarães e Cia., 1976.
- JANNOTTI, Onaldo Franco – “Conceitos Indeterminados e Origem Lógico-Normativa da Discricionariedade”, “in” Revista do Direito Público, vol. 64, pp. 37-54.
- LARENZ, Karl – “Metodologia da Ciência do Direito”, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- LEITE, Luciano Ferreira – “Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial”, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- MEDAUAR, Odete – “O Direito Administrativo em Evolução”, S. Paulo, 1990.
- “Poder Discricionário da Administração”, “in” Revista dos Tribunais. nº 610, pp. 38-45.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – “Legitimidade e Discricionariedade”, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989.
- PEREIRA, André Gonçalves – “Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo”, Lisboa, Edições Ática, 1962.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues – “A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo”, “in” Revista de Direito Administrativo, vol. 06, pp. 41/78 e vol. 7, pp. 52/80.
- SAINZ MORENO, Fernando – “Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidade administrativa”, Madri, Ed. Civitas S/A, 1976.
- SATTA, Filippo – “Introduzione ad un corso di diritto amministrativo”, Pádua, CEDAM, 1980.
- WARAT, Luis Alberto – “El Derecho y su Lenguaje”, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.
- ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia – “Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988”, S. Paulo, Ed. Atlas, 1991.